



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA N° 131 (Sesión del 8 de noviembre de 2022)

Radicado: 05-001-60-00206-2019-26757
Procesado: Julián Esneider Galeano
Delito: Acceso carnal violento agravado
Asunto: Defensa recurre decisión que negó decreto de testimonios comunes
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 10 de noviembre de 2022
(Fecha de lectura)

1. ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación que instauró el defensor del procesado contra la decisión por medio de la cual, en audiencia preparatoria, la Juez Tercera Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello-Antioquia le negó la práctica de pruebas testimoniales comunes deprecada.

2. HECHOS

Según el escrito de acusación, el 7 de noviembre de 2019, en la Calle 67aa # 66b-69 del barrio “El trapiche” del municipio de Bello-Antioquia, en la casa en la que reside el adolescente Samuel Ened Arias Uribe de 15 años de edad para ese momento, y a la que constantemente iba el señor Julián Esneider Galeano pues le prestaba el servicio de alquiler de lavadora y lavado a la madre del menor, a través del uso de la violencia le exhibió un cuchillo a este y se lo puso en varias partes del cuerpo, amenazándolo con que de no hacer lo que él quería lo mataría a él y a su madre, lo obligó a desnudarse, lo penetró por la boca del adolescente y posteriormente por su ano.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. Audiencia preparatoria.

En audiencia preparatoria llevada a cabo el pasado 18 de octubre, la Juez Tercera Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello-Antioquia otorgó la palabra al delegado de la Fiscalía General de la Nación y a la Defensa para que solicitaran y justificaran las pruebas que harían valer en el juicio oral.

3.1.1. Tras la intervención del Fiscal, el defensor del acusado realizó su pedimento probatorio deprecando, entre otras, la posibilidad de interrogar directamente a todos los testigos solicitados por la Fiscalía General de la Nación, ello en tanto dentro de las entrevistas descubiertas por el Ente Acusador notó que faltan temas por tratar, advirtiéndole entonces que solo en caso de que en el interrogatorio directo esos temas no sean tocados por la Fiscalía, solicita que se puedan interrogar directamente sobre esos temas no tocados por el Ente Acusador o, en caso de que la Fiscalía renuncie a la práctica de alguno de estos testimonios, él pueda interrogarlos o llamarlos como testigos.

3.1.2. Puntualmente respecto a la antedicha petición se opuso el delegado de la Fiscalía General de la Nación arguyendo que el Defensor no dijo a quienes iba a interrogar directamente, luego no fueron solicitados como prueba además que tampoco dijo cuáles son los temas a los que se refiere y con los cuales pretende interrogar directamente no se sabe a quién, pues si bien en la enunciación mencionó someramente a algunos de sus testigos no lo hizo al momento de solicitar formalmente la prueba.

3.1.3. Frente al decreto de todos los testigos de la Fiscalía, como comunes, la Representante de la Víctima también se opuso en el mismo sentido que la Fiscalía ya que el defensor no fue explícito en la enunciación ni en la sustentación de la solicitud probatoria, en decir quiénes, pues si bien mencionó a algunos en la enunciación, no los argumentó de ningún modo.

3.1.4. Así mismo se opuso la delegada del Ministerio Público al considerar que, en efecto, ni siquiera se indicó por parte del defensor cuáles eran los testigos que requería como comunes pues en el descubrimiento simplemente hizo alusión a la víctima, su madre y un amigo, pero al momento de la solicitud probatoria no se hizo mención a los nombres ya que se habló de manera general en relación con los testigos solicitados por la Fiscalía y, respecto a la argumentación sobre la necesidad de estos, sólo se indicó que se solicitaban por si la Fiscalía no tocaba temas que eran importantes para la Defensa.

Resalta la Procuradora, el defensor no cumplió ni siquiera someramente con la individualización de los testigos que deprecaba como prueba común, ni con la carga de indicar cuáles son esos temas diferentes y que son de importancia para el defensor; considerando el Ministerio Público que los testigos comunes no pueden ser decretados.

3.2. Decisión recurrida.

Al resolver la petición de pruebas de las partes, la *a quo* decretó todas y cada una de las solicitadas por la Fiscalía. A la Defensa le decretó algunas y le negó otras dentro de las cuales están los solicitados como testimonios comunes; para el efecto señaló que no se accedía al decreto de ninguno de los testigos de la Fiscalía como comunes, por ende, el defensor no tendrá posibilidad de hacer un interrogatorio directo a estos testigos solicitados por la Fiscalía.

Lo anterior teniendo en cuenta que la Defensa tenía el deber de indicar de manera clara cada uno de los testigos que llamaba al juicio y que pretendía como sus testigos directos, además de argumentar debidamente cuál era la razón por la cual los requería y no era solo en el contrainterrogatorio donde se podrían absolver sus interrogantes. En consecuencia, negó al defensor el decreto de todos los testigos de la Fiscalía como comunes con el fin de tener la posibilidad interrogarlos de manera directa.

3.3. Impugnación de la defensa.

La defensa interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación únicamente en relación con la negativa al decreto de todos los testigos de la Fiscalía como comunes, resaltando que él dio cuenta de la necesidad de interrogar directamente sobre algunos asuntos, aunque estos no se conocen sino hasta cuando el delegado de la Fiscalía interroge a los testigos. Si bien en las entrevistas descubiertas por el Fiscal hay vacíos, puede darse que en el interrogatorio se toquen estos asuntos que requiere se ventilen en el juicio, sin que sea viable para este momento procesal que se indiquen qué tipo de temas puede que se toquen o no porque no se sabe cómo la Fiscalía pretende desarrollar esos interrogatorios directos.

Aclara que si bien él mencionó en principio a Samuel Ened Arias Uribe, Ana Isabel Uribe Pérez y Mayer Yesid Martínez y luego generalizó en que eventualmente requeriría interrogar a todos los testigos de la Fiscalía de manera directa, ello se dio porque para él los demás testigos deprecados por el Fiscal eran totalmente desconocidos.

Arguye que la imposibilidad de interrogarlos sobre temas que no sean tratados por el Fiscal pondría en desventaja a la Defensa y es por ello que itera la necesidad de que los testimonios de Samuel Ened Arias Uribe, Ana Isabel Uribe Pérez, Mayer Yesid Martínez, Sandra Yolima Torres Rúa, Milton Mateo Arias Uribe, Jeison Alexis Quintero Ortiz, Jairo Andrés Valencia Ochoa, Katherine Vesga Chaparro, Diana Patricia Chang Rodríguez y José Transito Pichott Padilla, le sean decretados como comunes y se habilite la posibilidad de interrogarlos de manera directa.

3.4. Traslado a los no recurrentes.

3.4.1. La Fiscalía.

El representante del Ente Acusador arguyó que los argumentos del defensor son bastante endebles y si bien no solicita se declare desierta la impugnación dado que se está aplicando el principio de caridad jurídica, considera que no es de recibo lo dicho por el defensor de que necesita interrogar a los testigos de cargos en los temas que no se aborden, pues él ha sido muy claro frente a las razones por las cuales llama a estas personas a juicio y sobre qué serán

interrogados. Aduce que es bastante etéreo afirmar que se precisa interrogar sobre temas generales y no específicos pues estamos ante un derecho penal de acto y no de autor, luego es necesario centrarse en el acto y lo que pasó el 7 de noviembre de 2019, en el municipio de Bello, entre el acusado y la víctima.

Sobre lo afirmado por el defensor de que apenas entra al proceso y que no conocía todos los testigos que la Fiscalía deprecó, tampoco es de recibo en tanto nada dijo al inicio de la audiencia sobre este aspecto y además esos testigos fueron esbozados por la Fiscalía al momento de la enunciación.

Pero aun peor para el Fiscal es que la Defensa cambie el discurso de la enunciación y ya no pretenda que sean solo la víctima, su madre y amigo, sino absolutamente todos los testigos de cargos los que se le decreten como comunes. Arguye que, si el defensor entonces no estaba preparado porque era nuevo, lo debido hubiera sido que pidiese el aplazamiento de la audiencia, pero no asumir esa actitud temeraria de afrontar una preparatoria en estas condiciones. Solicita se mantenga la decisión impugnada, dejando a criterio de la Juez darle o no trámite a la apelación.

3.4.2. La Representante de la Víctima.

Solicita se declare desierto el recurso ya que el defensor lo argumentó de manera indebida pues la segunda instancia no es el escenario que faculte al recurrente para esgrimir argumentaciones nuevas que permitan sustentar de manera extemporánea la solicitud probatoria, como al parecer lo pretende. Para ella es injustificable que el Defensor afirme que no conoce las pruebas de la Fiscalía, como si hubiese llegado a una audiencia de este calibre sin siquiera haber revisado el escrito de acusación pues, de haber sido así, lo propio era entonces que solicitara un aplazamiento.

Resalta que el defensor no tiene en cuenta la técnica en cuanto a la solicitud de los testigos comunes sobre interrogarlos dependiendo de lo que haga la Fiscalía pues no se puede hablar de algo futuro, la teoría del caso no puede ser futura pues es precisamente de esta de donde deben desprenderse los temas importantes que se deben abordar para los testigos comunes y que son

diferentes a los presentados por la Fiscalía; no se trata de si conviene o no, en tanto ello desdibuja la seguridad jurídica del sistema y constituye una trasgresión a la igualdad de armas.

Concluye en que de conceder el recurso el cual, itera, no está debidamente sustentado, solicita se mantenga la decisión adoptada.

3.4.3. La delegada del Ministerio Público.

Advierte que la audiencia preparatoria es la hoja de ruta del juicio oral, en esta se define por cada una de las partes el objetivo por el cual los testigos acudirán al juicio; en este caso la Fiscalía indicó la razón para llamar a juicio a sus testigos y sobre qué temas los iba a interrogar. Pero además de ello la Defensa conoce las entrevistas que les fueron tomadas a estas personas y ahí es donde debe tener claro qué es lo que el testigo sabe y, de acuerdo a lo solicitado y argumentado por la Fiscalía en su solicitud probatoria, hacer lo propio con sus solicitudes; no es de recibo para la Procuradora que el defensor afirme que del interrogatorio del Fiscal él se dará cuenta qué temas le pueden ser o no útiles.

Tampoco es aceptable que el recurrente aduzca que había unos testigos que no conocía, pues él debió tener a su disposición el escrito de acusación, la audiencia de formulación de acusación y el posterior descubrimiento probatorio, porque cuando se asume una Defensa ya iniciado un proceso, debe hacerse en el estado en que se encuentra y empalmar el asunto con el anterior defensor, siendo claro que en este asunto se hizo pues incluso antes de iniciar la audiencia que ahora nos ocupa el Defensor, en una solicitud a todas luces improcedente, pretendió que el anterior defensor, quien fue revocado del proceso por la evidente falta de conocimiento en el Sistema Penal Acusatorio, le sirviera como defensa de apoyo, luego es claro que ambos han tenido comunicación sobre el proceso.

Solicita que no prosperen los argumentos del defensor en la lazada, pero de accederse a los mismos, depreca se mantenga incólume la decisión recurrida.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer el asunto según lo prevé el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹

4.2. Problema jurídico.

La Sala determinará si en los argumentos esbozados por el defensor a efecto de sustentar su solicitud de decreto de testimonios comunes a todos los testigos que le fueron decretados a la Fiscalía, se encuentran bien sustentados los presupuestos de pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas testimoniales comunes solicitadas.

4.3. Respuesta y solución al problema jurídico.

4.3.1. Previo a cualquier consideración en este asunto, es importante advertir pues así lo resaltaron al unísono las demás partes, que la exposición realizada por el defensor en su recurso de la alzada, denota una falta de suficiencia en la fundamentación, empero se acogerá el *principio de caridad*², el cual lleva a esta Sala como intérprete del lenguaje empleado por el defensor a partir de racionalidad de su discurso, a desentrañar dentro de la comprensión y comunicación lingüística, sus afirmaciones.

Respecto a este tema, valga traerse a colación además lo indicado en el Modulo de Argumentación Judicial: Construcción, Reconstrucción y Evaluación de Argumentaciones Orales y Escritas, de la Escuela Judicial 'Rodrigo Lara Bonilla' al anotar que:

“En la tarea de intérpretes debemos guiarnos por el llamado ‘principio de caridad’, que nos insta a optar por aquella interpretación que presente las ideas que estamos analizando de la mejor manera posible. Si tenemos

¹ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. **De los recursos de apelación contra los autos** y sentencias que en primera instancia proferan los **jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

² Acuñado por Donald Davidson en su Teoría de la Interacción Comunicacional. Y aludido por la Corte Suprema de Justicia en auto del 10 de marzo de 2009, CSJ AP, Rdo. 30822

varias formas de entender un texto, debemos elegir aquella que lo favorezca y no la que lo perjudique. Esto no implica renunciar a la crítica, por el contrario, es lo que nos permite asegurarnos de que nuestras críticas estarán bien dirigidas”³.

4.3.2 Realizada la anterior precisión, procederá esta Sala a resolver de fondo partiendo por sintetizar en que en el *sub examine* la Defensa solicitó como testimonios comunes con la Fiscalía completamente todos los que se le admitieron a esta última, precisando que lo pretendido con ello es, de un lado, tener la posibilidad de interrogarlos directamente sobre temas –sin especificar concretamente cuáles- que no sean abordados por el Fiscal en el interrogatorio directo y, del otro, por si eventualmente el Ente Acusador renuncia a la práctica de esos testimonios, no se queden sin la posibilidad de ser escuchados en juicio.

Pues bien, respecto al tema de las pruebas comunes, ha señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴ que:

“La posibilidad de acceder a la práctica de pruebas comunes debe admitirse según criterios de razonabilidad y eficiencia, pues un ejercicio desbordado de tal atribución llevaría a la realización de sendos y sucesivos interrogatorios por ambas partes, cuando lo cierto es que, en principio, puede decirse que el interés del interviniente para servirse de la prueba de su oponente para sus propios intereses se satisface a través de la oportunidad que le asiste de conainterrogar. De suerte que admitir la presentación -como directo- del mismo testigo por cada una de las partes, de entrada, sugiere un evidente menoscabo de los principios de celeridad y razonabilidad que deben regir la práctica probatoria.

Insiste la Sala en que no es que le esté vedado al defensor acudir a la práctica del testimonio común, pero si lo hace debe tener en cuenta que le asiste el deber de agotar una argumentación completa y suficiente que le permita entender al juez de la causa por qué el conainterrogatorio no será idóneo ni suficiente para satisfacer las pretensiones probatorias, encaminadas a sustentar la teoría del caso.”
(Negrillas de la Sala)

Aunado a lo anterior, la admisión de una prueba común está supeditada a que la parte que la pretenda argumente su pertinencia, conducencia y utilidad en los términos de los artículos 357, 359 y 375 del Código de Procedimiento Penal, además que en virtud de los principios de razonabilidad y celeridad de la práctica probatoria, es imprescindible que se establezca que a través de

³ Pablo Raúl Bonorino y Jairo Iván Peña Ayazo, Segunda edición aumentada, Bogotá, 2005, p. 22.

⁴ CSJ, Radicado 42864 de 2014, MP. José Luis Barceló Camacho.

dicha prueba se pretende demostrar un hecho de relevancia para la teoría del caso de la parte que la solicita y que no es posible probar por medio del contrainterrogatorio, por cuanto resulta a todas luces predecible que mediante este no se obtendrá la información requerida por la contraparte.

Luego entonces, para acceder al decreto de los testimonios comunes se requiere una carga argumentativa que demuestre al Juez de Conocimiento la pertinencia, conducencia, necesidad y utilidad para la teoría del caso del sujeto procesal que lo deprecia y además que el tema que se pretende probar no puede ser evacuado a través del interrogatorio cruzado al testigo ya solicitado por la contraparte. Frente al tema, el primer revisor de esta Sala, doctor Nelson Saray Botero en su obra Procedimiento Penal Acusatorio ha precisado⁵ que ***“no es carga argumentativa apropiada para efectos de la petición de decreto de prueba aducir: (i) que quizá la contraparte puede desistir de la prueba testimonial y se desprende precaver esa posibilidad, (ii) que eventualmente pueden quedar temas sin abordar en el interrogatorio directo; (iii) que es para que la defensa pueda preguntar de manera directa sobre aquello sobre lo que no interroga la Fiscalía; (iv) que es porque puede surgir el interés en la medida que avance la declaración; y situaciones similares”***.

De la cita precedente se resalta todo en negrilla en tanto fueron exactamente esos los argumentos esbozados por el recurrente tanto en su solicitud inicial como en la alzada, es decir, requirió todos los testimonios solicitados por la Fiscalía, pero en modo alguno satisfizo la carga que le correspondía de acreditar la pertinencia, conducencia y utilidad, que es una exigencia de carácter legal, limitándose simplemente a afirmar que podía haber temas que el Ente Acusador no aludiera en el interrogatorio directo y que quizás para él serían importantes, lo cual no es viable, porque cada quien debe argumentar qué persigue con las pruebas solicitadas.

Se observa pues que el censor de ninguna manera se esforzó por argumentar la pertinencia, conducencia y utilidad de los testimonios deprecados como comunes. Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido insistente en que *“las condiciones que determinan el decreto y la práctica de las pruebas comunes a las partes no difieren de las legalmente previstas*

⁵ Editorial Leyer 2016, pág. 622.

para los demás medios suasorios, de suerte que el interesado corre con la carga de acreditar los presupuestos de pertinencia, conducencia, utilidad y admisibilidad predicables de cualquier elemento de prueba, sea exclusivo de las partes o común a ambas.”⁶

En el *sub judice* el defensor tampoco precisó porqué el contrainterrogatorio no le sería suficiente para el propósito buscado, en tanto de su trivial sustento se desprende entonces que la utilidad la determinaría él durante el desarrollo del juicio conforme a lo que interrogue de manera directa el delegado de la Fiscalía, es decir, prácticamente dejó librado al azar ese aspecto, lo cual contraviene sin duda alguna los presupuestos de la solicitud probatoria. Sobre el tema ha sido clara la Alta Corporación al precisar que:

“el interrogatorio directo a la contraparte no puede serle autorizado cuando no se vincula con su particular teoría del caso, o sus fundamentos no son objetivos y sólidos, o asume una conducta desleal, o no se justifica en los pluricitados términos del numeral 3.4. de esta providencia, ni cuando el interés no es pertinente, conducente y útil para las preguntas directas que se reclaman, menos puede ser posible el ejercicio de ese derecho a quien hace manifestaciones genéricas, abstractas, aleatorias, indeterminadas o sin un objeto específico diferente a querer repetir lo que se ha propuesto por quien solicitó la prueba, o si se busca no un resultado fructuoso con el interrogatorio sino uno pernicioso porque no se establece ningún objeto que lo justifique, como sería si no se expresan criterios razonables y eficientes y sí por el contrario se acude al ejercicio desbordado para someter al testigo a un innecesario cuestionamiento sobre aspectos fácticos que se agotan con lo inicialmente pedido con la prueba.”⁷

En ese orden de ideas y ante la escasa argumentación del defensor frente a la necesidad, pertinencia, conducencia y utilidad de los testimonios solicitados como comunes, en aras de evitar dilaciones injustificadas de la actuación con la práctica de pruebas innecesarias que únicamente conllevarían al alargamiento del debate probatorio, en detrimento de los principios de economía procesal, celeridad, pronta y cumplida justicia, lo cual implicaría además un prolongamiento injustificado del juicio oral dadas las razones expuestas, considera esta Sala que la decisión de primera instancia estuvo acertada y, por ende, habrá de confirmarse.

⁶ CSJ AP7066-2015, Radicación N° 41198, MP. Eugenio Fernández Carlier.

⁷ CSJ AP del 25 de febrero de 2015, Radicado 45011.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la decisión por la cual la Juez Tercera Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello-Antioquia, **NEGÓ** para la defensa el decreto de todos los testigos de la Fiscalía como pruebas comunes.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra la misma no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

(En permiso)
HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado